

# القسمة في الفقه الإسلامي

للإسنادة : نعيمة البريشت

الانسان مدني بطبعه، فلا بد أن يعيش في جماعة، لأنه لا يستطيع أن يفي باحتياجاته كاملة بمفرده.

وينشأ عن التجمع البشري علاقات متشابكة متداخلة متنوعة لو تركت على سجيته لتصادمت وتصارعت، ولعمت الفوضى ولأكل القوي الضعيف، ولسادت شريعة الغاب.

من أجل ذلك كان لا بد من تنظيم حياة الناس يضمن توجيه طاقاتهم وعلاقاتهم في سبيل البناء والتعمير، والترابط والتعاون والتكافل، وتوفير الأمن والعدل وتحصيل أكبر قدر من المصالح والمنافع لكل فرد من أفراد هذا المجتمع.

وهذا يقتضي بالضرورة تقييد حرية الأفراد بضوابط وقيود تقعدهم عن العدوان بعضهم على بعض.

هذه الضوابط إنما تتمثل في النظم والشرائع الإسلامية التي تحكم حركة الحياة، ونشاط الناس، وتحدد الحقوق والواجبات والصلاحيات والمسؤوليات.

ومن بين هذه النظم والشرائع التي أتى بها الاسلام نظام الشركة ونظام الإرث ونظام القسمة.

لقد أجاز الاسلام الشركة بين أفراد المجتمع إذا اقتضتها مصالحهم، فالشركة عقد غير موروث، وهي من العقود الجائزة وليست من العقود اللازمة ومعنى هذا أنه يجوز لأحد الشركاء أن ينفصل عن الشركة متى شاء لأن الأصل عدم إيجاب الشركاء على البقاء في الشروع، فيجوز لهم المطالبة بالقسمة أي قسمة المال الشائع بينهم الذي وجد عن طريق عقد الشركة.

وقد يكون المال الشائع بين الشركاء ليس، مصدره عقد الشركة بل مصدره الارث. فللورثة كذلك الحق في المطالبة بقسمة التركة وإعطاء كل ذي حق حقه، ويرى الاسلام أن التركة التي يقسمها الورثون هي الباقي من ممتلكات مورثهم بعد قضاء ديونه وتنفيذ وصاياه.

وعقد القسمة سواء قسمة التركة أو غيرها يخضع لأحكام خاصة وقواعد عامة يجب على كل مسلم معرفتها لأن هذا مما يتعلق بحياته اليومية.

## معنى القسمة والأصل في شرعيتها

### معنى القسمة :

أ — القسمة في اللغة هي عبارة عن إفراز النصيب.

ب — وفي الشرع عرفت بتعريفات شتى نذكر منها ما يلي :

1 — تعريف، ابن عرفة : «القسمة تصيير مشاع من مملوك مالكين معينا ولو باختصاص تصرف فيه بقرعة أو تراض»<sup>(1)</sup>.

2 — تعريف الكاساني : «القسمة هي عبارة عن إفراز بعض الانصباء عن بعض ومبادلة بعض ببعض»<sup>(2)</sup>.

3 — تعريف أبي الحسن المالكي الشاذلي : «القسمة هي تمييز حق لينتفع كل من الشركاء بما تميز له»<sup>(3)</sup>.

### الأصل في شرعيتها :

ويستدل على جواز القسمة بالكتاب والسنة والاجماع.

### أولا : الكتاب ومنه :

أ — قوله تعالى : ﴿وَبَيْنَهُمْ أَنْ الْمَاءُ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلٌّ شَرْبٌ مَحْتَضَرٌ﴾<sup>(4)</sup>.

ب — وقوله تعالى : ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾<sup>(5)</sup>.

(1) البهجة في شرح تحفة ابن عاصم — لأبي الحسن بن عبد السلام التسولي — ج 2 — ص : 127.

(2) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع — الكاساني — ج : 7، ص : 17

(3) كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني — لعلي أبي الحسن المالكي الشاذلي — ج : 2، ص : 292.

(4) سورة القمر، الآية : 28

(5) سورة النساء، الآية : 8

ج - وقوله تعالى أيضا : ﴿مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا﴾ (6).

ثانيا السنة :

أ - قوله ﷺ : «أيما دار قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية وأيما دار أدركها الإسلام ولم تقسم فهي على قسم الإسلام» (7).

ب - وقوله ﷺ : «الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة» (8).

ج - ومن طريق أبي داود حدثنا موسى حماد بن أيوب السخيتاني عن أبي قلابة عن عبد الله بن يزيد الخطمي عن عائشة أم المؤمنين قالت : «كان رسول الله ﷺ يقسم فيعدل فيقول : «اللهم هذه قسمتي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك» (9).

د - ما استشهد به من قسمة رسول الله ﷺ الغنائم بين الصحابة وقسمة الموارث وغير ذلك (10).

ثالثا الاجماع :

أما الاجماع فلأن الناس استعملوا القسمة من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير فكانت شرعيتها متوازنة والمعقول يقتضيه توفيراً على كل واحد مصلحته بكاملها.

وقد اتفق جميع الأئمة على جوازها، إذ الشركاء قد يتضررون بالمشاركة، ولأن بالناس حاجة إلى القسمة ليتمكن كل واحد من الشركاء من التصرف على إثارة ويتخلص من سوء المشاركة وكثرة الأيدي.

أنواع القسمة :

القسمة نوعان : قسمة الرقاب وقسمة المنافع، ونخصص لكل نوع فرعاً خاصاً.

(6) سورة النساء، الآية : 7

(7) الموطأ - للإمام مالك - رواية يحيى بن يحيى الليثي ص : 530 - الطبعة الأولى

(8) فتح الباري شرح صحيح البخاري - ابن حجر العسقلاني - ج : 5 ص : 134

(9) السنن الكبرى - أبي بكر أحمد بن علي البيهقي - ج : 7، ص : 298 - دار الفكر

(10) سنن ابن ماجه - باب الفرائض - ج : 2 - ص : 170

## \* الفرع الأول : قسمة الرقاب :

وقسمة الرقاب ثلاثة أقسام : قرعة بعد تقويم وتعديل ، ومراضاة بعد تعديل وتقويم ، ومراضاة من غير تقويم ولا تعديل .

ولل هذه الأقسام الثلاثة أشار ابن عاصم في التحفة :

ثلاث القسمة في الأصول	وغيرها تجوز مع تفصيل
قسمة القرعة بالتقويم	تسوغ في تماثل المقسوم
قسمة الوفاق والتسليم	لكن مع التعديل والتقويم
قسمة الرضا والاتفاق	من غير تعديل على الإطلاق <sup>(11)</sup>

وفيما يلي نخصص لكل قسم من هذه الأقسام الثلاثة مبحثا مستقلا .

### المبحث الأول : قسمة القرعة بعد التقويم والتعديل :

عرفها ابن عرفة بقوله : «القرعة هي فعل ما يعين حظ كل شريك مما بينهم مما يمتنع علمه حين فعله من القسمة»<sup>(12)</sup>.

وقسمة القرعة يقضي بها على من أبأها فيما يحتمل القسمة، وسواء كان الذي دعا إليها صاحب الأقل أو الأكثر، قال التاودي : «ومن أبى القسم بها ي بالقرعة — مع استجماع شروطها — فيجبر إلى من دعا إليها ويحكم عليه بها»<sup>(13)</sup>.

وتجوز قسمة القرعة بين أهل الحجر من صبي أو سفيه أو غيرهما ويقسم بينهم الوصي أو القاضي أو مقدمه بعد ثبوت ملكية موروثهم وحوزه لما يراد قسمه كما سيأتي، وكذلك تجوز القسمة فيما بينهم وبين غيرهم من أهل الرشد ويحكم بها على من أبأها منهم كما سبق.

ولا تجوز قسمة القرعة إلا فيما اتفق جنسه أو تقارب فلا تكون في الأصناف المتباينة والأجناس المختلفة، ولا يجمع فيها بين حظ اثنين قال الشيخ خليل «وأفرد كل نوع» وشرح الدردير قول خليل فقال : «فمعنى أفرد أنه لا يضم لغيره في القسم، فلا يجمع بين نوعين ولا بين صنفين متباعدين بل كل نوع على حدته،

(11) شرح محمد ميارة على التحفة، ج : 2 ، ص : 57

(12) شرح الخطاب على مختصر خليل — ج : 5 ، ص : 335 .

(13) شرح التاودي على التحفة — ج : 2 — ص : 129

قال ابن رشد لا يجمع في القسمة بالسهم الدور مع الحوائط ولا مع الأرضين، ولا الحوائط مع الأرضين بل يقسم كل شيء من ذلك على حدته، ولا يجمع فيها بين دار وجنان ولا بين طيب ورديء في الأرضين وغيرهما، ولا يؤدي أحد الشركاء ثمنًا لأنه إذا أداه صار صنفين والقرعة لا تكون إلا في صنف واحد، وتجزئ في الديار إذا تقاربت أماكنها واستوت الرغبة فيها» (14).

وتمنع أيضا قسمة القرعة في المكيل والموزون والمعدود لأنه إذا كيل أو وزن أو عد فلا معنى للقرعة فيه، جاء في البداية : «وأما المكيل والموزون فلا تجوز فيه القرعة باتفاق» (15) ومحل المنع إذا ترك الكيل والوزن واقترعوا وأما القرعة بعد الكيل أو الوزن فجائزة (16)، وإذا قسم بالتحري ما شأنه أن يباع بالكيل فلا تجوز القرعة لمظنة التفاضل فتحصل الربا، وأما مالا يكال من الطعام كالخبز واللحم والشأن فيه الوزن وكذا ما الشأن فيه العد كالبيض إن قسم بالتحري هل تجوز القرعة أو تمنع خلاف فابن رشد والباجي ينعان ذلك، وبعضهم جوز ذلك بشرط أن يقل المقسوم لأن التحري يحيط به فإذا كثر جدا لم يجز اقتسامه بالتحري.

ولا تجوز القرعة على أن يزيد أحدهما الآخر شيئا من الدراهم مثلا، فإذا كانت قيمة إحدى الدارين مائة وقيمة الأخرى خمسين فلا يجوز أن يقترعا على أن من صارت له ذات الخمسين زاده الآخر خمسة وعشرين إذ كل منهما لا يدري هل يرجع أو يرجع عليه (17).

ويرجع في هذه القسمة بالغبن إذا ظهر وكان القيام به إذا ثبت لأن كل واحد منهما على قيمة مقدرة وقدر معلوم فإذا وجد نقصا من ذلك وجب له الرجوع (18).

وتعديل السهام لا يخلو من أربعة أقسام :  
أحدها : أن تكون السهام متساوية، وقيمة أجزاء المقسوم متساوية كأرض بين ستة لكل منهما سدسا فتعدل بالمساحة ستة أجزاء متساوية ثم يقرع.

(14) الدردير على المختصر - ج : 2 - ص : 204

والهجة على التحفة - ج : 2 - ص : 128 - 129

وميارة على التحفة - ج : 2 - ص : 58

(15) بداية المجتهد ونهاية المقتصد - أبو الوليد محمد ابن رشد ج : 2 - ص : 269.

(16) شرح ميارة على التحفة - ج : 2، ص : 59

(17) الهجة - ج : 2 - ص : 131

(18) شرح ميارة على التحفة ج : 2، ص : 57

الثاني : أن تكون السهام متفقة، والقيمة مختلفة، فتعدل الأرض بالقيمة وتجعل ستة أسهم متساوية بالقيمة.

الثالث : أن تكون القيمة متساوية والسهام مختلفة كأرض بين ثلاثة لأحدهم النصف، وللثاني الثلث، وللثالث السدس، وأجزاؤها متساوية القيمة فتجعل ستة أسهم.

الرابع : إذا اختلفت السهام والقيمة، فتعدل السهام بالقيمة وتجعل ستة أسهم متساوية القيمة ثم يقرع<sup>(19)</sup>.

وصفة القرعة أن تكتب أسماء الشركاء في رقاع وتجعل في طين أو شمع، وتكتب أسماء المواضع مقسومة ثم تخرج أول كل رقعة من الأسماء ثم أول رقعة من المواضع فيعطى من خرج اسمه نصيبه في ذلك الموضع وذلك بعد أن تقسم الفريضة وتقوم الأملاك المقسومة ثم تقسم قيمتها على سهام الفريضة ثم قسم بين أربابه قسمة ثانية<sup>(20)</sup>.

والسهمة إنما جعلها الفقهاء في القسمة تطيباً لنفوس المتقاسمين وهي موجودة في الشرع في مواضع منها قوله تعالى : فساهم فكان من المدحضين<sup>(21)</sup> وقوله تعالى : ﴿وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم﴾<sup>(22)</sup>. ومن ذلك الأثر الثابت الذي جاء فيه : «أن رجلاً أعتق ستة أعبد عند موته، فأسهم رسول الله ﷺ بينهم، فأعتق ثلث ذلك الرقيق»<sup>(23)</sup>.

ذكر ابن عاصم في التحفة أحكام قسمة القرعة فقال :

فقسمة القرعة بالتقويم	تسوغ في تماثل المقسوم
ومن أبى القسم بها فيجبر	وجمع حظين بها مستكر
كذلك في اختلاف الأجناس وفي	مكيل أو موزون المنع اقتضي
ولا يزيد بعضهم شيئاً ولا	يزاد في حظ لكبي يعدلا
ويبين أهل الحجر ليس يمتنع	قسم بها ومدعى الفن سمع
وهذه القسمة حيث تستحق	يظهر فيها أنها تميز حق <sup>(24)</sup>

(19) الاتفاق في فقه الإمام أحمد بن حنبل — أبي النجا شرف الدين موسى الحجاوي — ج : 3، ص : 417

(20) سعد الشموس والأقمار — عبد القادر الخيزراني ص : 141

(21) سورة الصافات، الآية : 141

(22) سورة آل عمران، الآية ص : 44

(23) سنن الترمذي — ج : 10 — ص : 285

(24) شرح ميارة على التحفة — ج : 2 ص : 57

## المبحث الثاني : قسمة المراضاة بعد التقويم والتعديل

النوع الثاني من أنواع قسمة الرقاب وهو قسمة المراضاة بعد التقويم والتعديل، وتسمى أيضا قسمة الوفاق والتسليم لتوافق الشركاء عليها وتسليم كل منهم لصاحبه ما أخذه من غير قرعة لكن مع التعديل لأجزاء المقسوم والتقويم المحصل لذلك التعديل إذ لا يحصل التعديل إلا به<sup>(25)</sup>.

وعرف ابن عرفة قسمة المراضاة بقوله : «وهي أخذ بعضهم بعض ما بينهم على أخذ كل واحد منهم ما يعدله بتراض ملكا للجميع»<sup>(26)</sup>.

وهذا النوع من القسمة يشمل جميع الأشياء من عقارات وعروض وحيوانات بإطلاق سواء اتفق الجنس أو اختلف فيجوز أن يتراضيا على أن يأخذ هذا فرسا قيمته عشرة وهذا ثوبا قيمته كذلك، وكذلك إن أخذ هذا قمحا والآخر قطنية مائلة له في القيمة<sup>(27)</sup> قال في البداية : «وتجوز في الرقاب المتفقة والمختلفة لأنها بيع من البيوع وإنما يحرم فيها ما يحرم في البيوع»<sup>(28)</sup>.

وما لا تجوز فيه قسمة المراضاة بعد تقويم وتعديل — استثناء مما سبق — الطعام الذي يمتنع فيه التفاضل، فإنه تمنع قسمته إذا أدت إلى التفاضل الممنوع كأن يكون وسق شعير ونصف وسق قمح بين رجلين فيقومان الوسق بستة دراهم مثلا ونصف الوسق بستة أيضا على أن يخرج أحدهما بالوسق من الشعير والآخر بنصف الوسق من القمح فهذا لا يجوز للتفاضل بين القمح والشعير، هذا وإذا منعت القسمة المؤدية للتفاضل في الطعام فأحرى التي تؤدي إليه وإلى النساء في بيع أحد النقيدين بالآخر<sup>(29)</sup> فلا يجوز أن يأخذ أحدهما وسقا من قمح الآن ليأخذ الآخر مثله من جنسه أو من غير جنسه غدا فإذا كان غير مقتات أو غير مدخر جاز التفاضل وامتنع النساء<sup>(30)</sup>.

وتجوز قسمة الوفاق والمراضاة — ولو في الأجناس المختلفة الأجناس المتباينة والبعيدة

(25) الهجة على التحفة — ج : 2 — ص : 132

(26) الخطاب على مختصر خليل — ج : 5 — ص : 135

(27) التاودي على التحفة ج : 2 — ص : 132 \* والهجة : ج 2 ص : 132 وميارة ج : 2 ص : 60

(28) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد، ج : 2، ص : 228

(29) شرح ميارة على التحفة ج : 2 ص : 61

(30) الهجة على التحفة — ج : 2 ص : 133

(31) التاودي على التحفة — ج : 2 ص : 133

بعضها عن بعض — على الناس كلهم حتى على المحجور منهم من صبي وسفيه وغيرهما إذا ظهر السداد فيها وثبت بالبينة<sup>(31)</sup>.

ومحل جوازها على المحجور إذا لم تكن بينه وبين حاجره وإلا فلا يجوز ولو ظهر السداد على الراجح المعمول به من أنه لا بد من الرفع للإمام فيقدم من يقسم بينه وبين حاجره فإن لم يرفع للإمام فسخت لأنه باع مال محجوره من نفسه<sup>(32)</sup>.

ولا يجبر على هذه القسمة من أبائها لأنها بيع على المشهور ولا يجبر أحد على بيع شيء. ولا يمنع فيها زيادة العين أو غيرها بخلاف قسمة القرعة، جاء في شرح ميارة : «لا بأس أن يزيد أحدهما على الآخر دراهم أو دنانير مقبوضة أو مدخرة<sup>(33)</sup>».

ويرجع فيها بالغبن إذا ظهر كقسمة القرعة، فإذا ادعى أحد الشركاء الغبن فيها تسمع دعواه لدخولهما على قيمة مقدرة وقدر معلوم إذا قام بالقرب فإن طال كالسنة فلا قيام له<sup>(34)</sup>.

قال ابن عاصم في التحفة :

قسمة الوفاق والتسليم	لكن مع التعديل والتقويم
جمع لحظين بها لا يتقى	وتشمل المقسوم كلا مطلقا
في غير ما من الطعام ممتنع	فيه تفاضل ففيه تمتنع
وأعملت حتى على المحجور	حيث بدا السداد في المشهور
وما مزهد العين بالمحظور	ولا سواء به بالتأخير
ومن أبى القسم بها لا يجبر	وقائم بالغبن فيها يعذر <sup>(35)</sup>

### المبحث الثالث : قسمة المراضاة بلا تقويم ولا تعديل

النوع الثالث من أنواع قسمة الرقاب وهي قسمة المراضاة والاتفاق من غير تعديل ولا تقويم.

وهذه القسمة هي كقسمة المراضاة بعد تعديل وتقويم على الإطلاق أي في جميع أحكامها فتجوز في الجنس الواحد والمختلف، والمكيل والموزون، ويجمع فيها بين

(32) البهجة — ج : 2 : ص 133

(33) شرح ميارة ج : 2 — ص : 61

(34) شرح الثاودي ج : 2 — ص 134

(35) شرح ميارة ج : 2 — ص : 60

(36) البهجة على التحفة ج : 2 ص 134



حظين، ويحرم التفاضل في المقتات المدخر من طعامها، ولا يمنع فيها زيادة العين أو غيرها إلا أنه لا قيام فيها بالغبن لأنه لم يأخذ ما خرج به على قيمة مقدرة ولا على ذراع معلوم ولا على أنه مماثل لما خرج عنه فهي كبيع المساومة باتفاق وهو لا قيام فيه بالغبن<sup>(36)</sup>

ومحل عدم قيام الغبن في قسمة المراضاة من غير تقويم ولا تعديل إذا لم يكن العاقد للقسمة وكيلا، أما إذا كان العاقد كذلك فللموكل به القيام به إذا ثبت لأن القاعدة المشهورة أن كل من ناب عن غيره فلا يمضي من فعله إلا ما كان سدادا<sup>(37)</sup>.

قال ابن عاصم في التحفة :

وقسمة الرضا والاتفاق	من غير تعديل على الإطلاق
كقسمة التعديل والتراضي	فيما عدا الغبن من الأغراض
ومدع غنبا بها أو غلطاً	مكلف إن رام نقضا شططاً <sup>(38)</sup>

### الفرع الثاني : قسمة المنافع

قسمة المنافع وهي المسماة بالمهايمات<sup>(39)</sup> وعرفها ابن عرفة بقوله : «وهي اختصاص شريك بمشترك فيه عن شريكه فيها زمنا معيناً من متحد أو متعدد ويجوز في نفس منفعتة لا في غلته<sup>(40)</sup>».

وقسمة المنافع لا تجوز بالقرعة ولا يجبر عليها من أبائها خلافاً لأبي حنيفة، وهي على وجهين :

(1) قسمة في الأعيان.

(2) قسمة في الأزمان<sup>(41)</sup>.

ويستدل على جواز المهايمات بنوعيتها بالزمان والمكان بقوله تعالى : ﴿قال هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم﴾<sup>(42)</sup> أخبر سبحانه وتعالى والحكيم إذا حكى

(37) ميارة على التحفة ج : 2 ص : 61 — 62

والتاودي على التحفة ج : 2 ص : 134

(38) ميارة على التحفة : ج : 2 ص : 60

(39) جاء في مواهب الجليل ج : 5 ص : 334 : «قال الرجرجي وقسمة المهايمة تقال بالنون لأن كل واحد منهما هي صاحبه بما أراده وتقال بالياء أيضا لأن كل واحد منهما هي لأصاحبه ما طلبه منه»

(40) مواهب الجليل شرح مختصر خليل — محمد بن عبد الرحمن الخطاب — ج : 5 ص 334

(41) القوانين الفقهية — ابن جزي — ص : 275

(42) سورة الشعراء، الآية : 155

عن منكر غيره فدل على جواز المهايئات بالزمان بظاهر النص وثبت جواز النوع الآخر من طريق الدلالة لأنها أشبه بالمقاسمة من النوع الأول ولأن جواز المهايئات بالزمان لمكان حاجات الناس، وحاجتهم إلى المهايئات بالمكان أشد لأن الأعيان كلها في احتمال المهايئات بالزمان شرع سواء من الأعيان مالا يحتمل المهايئات بالمكان كالعبد والبيت الصغير ونحوهما فلما جازت تلك تجوز هذه أولى<sup>(43)</sup>.

وإلى قسمة المنافع أشار خليل بقوله : «القسمة تهايؤ في زمن كخدمة عبد شهرا وسكنى دار سنين كالاجارة لا في غلة ولو يوما»<sup>(44)</sup>.

وفيما يلي نتناول الحديث عن أنواع قسمة المنافع وذلك في مبحثين اثنين.

### المبحث الأول : قسمة المنافع بالأزمان

قسمة المنافع بالأزمان معناها أن ينتفع كل واحد من الشريكين بالعين مدة متساوية لمدة انتفاع صاحبه مثل أن يسكن أحدهما الدار شهرا ويسكنها الآخر شهرا آخر<sup>(45)</sup>.

وفي المهايئات بالزمان لا بد من ذكر الوقت من اليوم والشهر ونحو ذلك لتصير المنافع معلومة، لأن المهايئات بالزمان قسمة مقدرة بالزمان فلا تصير معلومة إلا بذكر زمان معلوم<sup>(46)</sup> جاء في شرح الدردير : «فلا بد من تعيين الزمن قطعاً إذ به يعرف قدر الانتفاع وإلا فسدت»<sup>(47)</sup>.

واختلف في المذهب المالكي في تحديد المدة التي يجوز فيها القسمة لبعض المنافع دون بعض للإستغلال أو الانتفاع مثل استخدام العبد وركوب الدابة وزراعة الأرض، وذلك أيضاً فيما ينقل ويحول أو لا ينقل أو لا يحول. فأما فيما ينقل ويحول فلا يجوز عند مالك وأصحابه في المدة الكثيرة ويجوز في المدة اليسيرة، وذلك في الاستغلال والانتفاع. وأما فيما لا ينقل ولا يحول فيجوز في المدة البعيدة والأجل البعيد وذلك في الاستغلال والانتفاع<sup>(48)</sup>.

(43) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع — أبو بكر مسعود الكاساني ج : 7 ص : 32

(44) شرح الدردير على مختصر خليل — ج : 2 — ص : 203

(45) القوانين الفقهية — لابن جزي ص : 275

(46) البدائع — ج : 7 ص 32 — 33

(47) الدردير على المختصر — ج : 2 — ص 203

(48) بداية المجتهد ج : 2 — ص : 269

## المبحث الثاني : قسمة المنافع بالأعيان

قسمة المنافع بالأعيان وهي أن يقسم الشريكان الرقاب على أن ينتفع كل واحد منهما بما حصل له مدة محدودة والرقاب باقية على أصل الشركة (49)، مثل أن يسكن أحدهما دارا والآخر أخرى ويركب أحدهما فرسا والآخر أخرى (50).

وكذلك لو تهايا على أن يأخذ أحدهما السفلى والآخر العلو جاز ذلك، وجاء في المدونة :

«قلت : أرأيت لو أن دارا بيني وبين رجل اقتسمناها على أن أخذت أنا الغرفة وأخذ هو الاسفل أيجوز ذلك في قول مالك أم لا ؟

قال : ذلك جائز» (51)

ولا يشترط بيان المدة في هذا النوع ، ولكل واحد منهما ولاية السكنى والاستغلال مطلقا لأن الحاجة إلى ذكر الوقت لتصير المنافع معلومة، والمهايات بالمكان قسمة منافع مقدرة مجموعة بالمكان. ومكان المنفعة معلوم فصارت المنافع معلومة بالعلم بمكانها فجازت المهايات (52).

ولا يجوز التهايو في الغلة فإذا تهايا في الحيوان اللبن ليحلب هذا يوما وهذا يوما، أو في الشجرة المثمرة لتكون الثمرة لهذا عاما أو لهذا عاما لم يصح، لما فيه من التفاوت الظاهر (53) لأن اللبن والثمر عين فلا تدخل تحت عقد المهايات (54).

ما لا ينقسم وقوله ﷺ : «لا ضرر ولا ضرار» (55)

1 — اختلف الفقهاء في الشيء المشترك الغير القابل للقسمة :

أ — مذهب الظاهرية : يقسم كل شيء سواء أرضا كان أو دارا صغيرة أو كبيرة أو حماما أو ثوبا أو سيفاً أو لؤلؤة أو غير ذلك حاشا الرأس الواحد من الحيوان

(49) (50) البداية — ج : 2 ص 269 والقوانين الفقهية ص : 275.

(51) المدونة الكبرى — مالك بن أنس — رواية سحنون، ج : 14 — ص 463

(52) البدائع — ج : 7 ص : 32

(53) الاقناع ج : 3 ص 413

(54) البدائع ج : 7 ص 32

(55) سنن ابن ماجه — ج : 2، ص : 57، ط : 1 — مط. : التازية بمصر

والمصحف فلا يقسم أصلاً<sup>(56)</sup> واستدلوا بقوله تعالى : ﴿مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا﴾<sup>(57)</sup>.

ب — مذهب الجمهور : الشيء المشترك إيمان لا يقبل القسمة رأساً كالعبد الواحد والياقوتة ونحوهما. أو يقبلها بضرر كالحنف والثوب ونحوهما. فالحكم في القسمين منع قسمته<sup>(58)</sup> لأن الأول فيه إتلاف لعينه والثاني فيه إتلاف لمنفعته، ولأن المقصود بالقسمة توفير المنفعة فإذا أدت إلى الضرر وقطع المنفعة عن كل واحد منهما على الوجه الذي كان قبل القسمة فلا تجوز قسمتهم لقوله ﷺ : «لا ضرر ولا ضرار».

2 — واختلف الفقهاء كذلك فيما إذا طلب أحد الشريكين القسمة وكان فيها ضرر على الآخر ؟

قال أبو حنيفة : إن كان الطالب للقسمة منهما هو المتضرر بالقسمة لا يقسم، وإن كان الطالب لها ينتفع أجبر الممتنع منهما عليها.  
وقال مالك : يجبر الممتنع على القسمة بكل حال.  
ولأصحاب الشافعي : إذا كان الطالب هو المتضرر أجبر على أصح الوجهين.  
وقال الامام أحمد : لا يقسم ذلك بل يباع ويقسم ثمنه<sup>(59)</sup>.

3 — واختلفوا في الضرر المانع من القسمة :

فقال قوم : وهو ما لا يمكن معه انتفاع أحدهما بنصيبه مفردا فيما كان ينتفع به مع الشركة، مثل أن يكون بينهما دار صغيرة إذا قسمت أصاب كل واحد منهم موضعا ضيقا لا ينتفع به، ولو أمكن أن ينتفع به في شيء غير الدار ولا يمكن أن ينتفع دار لم يجبر على القسمة لأنه ضرر يجري مجرى الاتلاف.

وقال أحمد : إن المانع هو أن تنقص قيمة نصيب أحدهما بالقسمة عن حال الشركة سواء انتفعوا به مقسوما أو لم ينتفعوا<sup>(60)</sup>.

4 — واختلفوا إذا تشاج الشريكان في العين الواحدة ولم يتراضيا بالانتفاع بها على الشيعاء وأراد أحدهما أن يبيع صاحبه معه :

(56) المحل — أبو محمد علي ابن حزم — ج : 8 ص : 130

(57) سورة النساء الآية : 7

(58) الهجة ج : 2 ص 137

(59) رحمة الأمة في اختلاف الأئمة — أبو عبد الله بن عبد الرحمن الدمشقي — الجزء : 2 ص 196 — بهامش الميزان الكبرى

(60) المغني — ابن قدامة ج : 9 ص : 216

قال الامام الشافعي : لا يجبر الممتنع على البيع. جاء في الوجيز : «ولو تنازع الشركاء وأصروا تركناهم ولم نبع عليهم»<sup>(61)</sup>.

وقال الامام ابن تيمية : «إذا طلب المقاسمة ولم يمكن قسمة العين فإن العين تباع، ويجبر الممتنع على البيع، ويقسم الثمن بينهما. وهذا مذهب جمهور العلماء : كمالك وأبي حنيفة وأحمد بن حنبل، وذكر بعض المالكية أن هذا إجماع. وقد دل على ذلك ما ثبت في الصحيحين عن النبي ﷺ أنه قال : من أعتق شركا لي في غلام، وكان له من المال ما يبلغ ثمن الغلام، قوم عليه قيمة عدل، لا وكس، ولا شطط، فأعطى شركاءه حصصهم، وعتق عليه العبد، وإلا فقد عتق منه ما عتق»<sup>(62)</sup> فدل هذا الحديث على أن حق الشريك في نصف قيمة الجميع، لا في قيمة نصف الجميع، فإنه إذا بيع العبد كله ساوى ألف درهم مثلا، وإذا بيع نصفه ساوى أقل من خمسمائة درهم وحق الشريك نصف الألف. فهكذا في العقار الذي لا يقسم يستحق نصف قيمته جميعه، فيباع جميع العقار، ويعطى حصته من الثمن إذا طلب ذلك، وبهذا يرتفع عنه الضرر، وبهذا يتبين كمال محاسن الشريعة وما فيها من مصالح العباد في المعاش والمعاد<sup>(63)</sup>.

وقال مالك في المدونة :

«قلت : أرأيت إن كان الميراث عبدا واحدا أو دابة واحدة أو ثوبا واحدا أو سرجا أو ثورا أو طستا واحدا فأرادوا أن يقتسموا ؟ !

قال : قال مالك إن هذا لا يتقسم ولكن يباع عليهم جميع هذا لأن هذا مما لا يقسم كل نوع منه على حدة إلا أن يتراضوا على شيء فيكون لهم ما تراضوا عليه، فأما بالسهم فلا يجوز أن يقتسموا»<sup>(64)</sup>.

5 — وكيفية العمل في بيع ما يجاب إلى بيعه، أن القاضي يحكم بتسويقه بينهما إن كانا اثنين أو بينهم إن كانوا أكثر، ومن يريد أخذه يزيد في الثمن على صاحبه، فإن أبوا من المقاواة فيما بينهم قومه أهل البصر بعدما تقدم من تسويقه وأخذه بذلك الثمن من أي البيع منهما، ويقض هذا الآخذ من أراد البيع، فإن امتنعوا من أخذه

(61) الوجيز في فقه الامام الشافعي، أبو حامد الغزالي، ج : 2، ص : 149

(62) صحيح البخاري بشرح فتح الباري — ج : 5 : ص : 151

(63) مجموع فتاوي ابن تيمية ج : 30، ص : 384

(64) المدونة الكبرى ج : 14، ص 489

حين عرض للتسويق بالزيادة ومن أخذه بالقيمة التي قومه بها أهل البصر فإنه يحكم عليهم بيعه وقسمة ثمنه أحبوا أم كرهوا<sup>(65)</sup> وفي المدونة : «وإذا دعا أحد الشريكين إلى قسمة ثوب بينهما لم يقسم ويقال لهما تقاوياه فيما بينكما أو يبعاه، فإذا استقر على ثمن فلن أي البيع أخذه وإلا بيع»<sup>(66)</sup>.

6 — أما إذا طلب أحدهم البيع وامتنع غيره ولم يسأل مرید البيع من القاضي عند اتحاد المدخل أن ينادي له على الجميع بل تولى بيع الجملة بنفسه فهذا ما يعرف في مسألة بيع الصفقة. وصورتها أن تكون دار مثلاً بين رجلين فأكثر فيعمد أحدهم إلى ذلك الملك ويبيع جميعه بغير إذنه فيثبت الخيار لشركائه بين أن يكملوا البيع أو يضمنوا لأنفسهم ويدفعوا للبائع مناب حصته من الثمن، ولها شروط وهي :

أحدها : أن يكون الشيء لا يقبل القسمة وأما إن كان يقبلها فمن دعا إلى قسمه أجبر له الذي يريد بيعه.

ثانيها : أن يتحد مدخلهما بأن يشترياه دفعة واحدة أو يرثاه كذلك، أما إن كان كل منهما اشترى حصته مفردة أو ورثها كذلك فلا يجبر أحدهما الآخر.

ثالثها : أن يكون ذلك الشيء مما يتضرر بالاشتراك فيه لكونه متخذاً للانتفاع به بعينه لا إن كان متخذاً للانتفاع بقلته فقط.

رابعها : أن لا يلتزم الممتنع من البيع أداء النقص الحاصل لشريكه لو باع حصته مفردة.

خامسها : أن ينقص ثمن حصة مرید البيع إذا بيعت وحدها عن ثمن الجملة وإلا فلا جبر.

سادسها : أن لا يكون المشترك فيه للتجارة وإلا فلا يجبر على بيعه كما لا يجبر على قسمه.

سابعها : أن لا يبيع طالب البيع حصته بأن يبيع بعضها ثم يريد أن يصفق بالبعض الباقي.

ثامنها : أن لا يرضى البائع ببيع حصته مفردة.

تاسعها : أن يكون المشتري أجنبياً غير شريك وإلا فهو تبعيض.

(65) شرح ميارة ج : 2 ص : 64  
(66) المدونة الكبرى ج : 14 ص 492 بهجة ج 2 ص 137 — 138. التاودي ج : 2 ص : 138

ثم إذا توفرت هذه الشروط فلمريد البيع أن يبيع الجميع من غير رفع للحاكم وإن لم يرض شريكه. وإنما له الخيار بين أن يأخذ ثمن حصته وبين أن يضم حصة البائع لحصته. وله أن يبيعها فوراً إن شاء لأن هذا ضم وليس بشفعة.

فإن كان المصفق عليه غائباً، رفع المشتري للحاكم فأمضى عليه البيع أو أخذ له، وحيث أمضى عليه البيع مضى ولو كان له مال حاضر وكان الأخذ سداداً<sup>(67)</sup>.

7 — واختلفوا فيما تتغير صفته بالقسمة كالحمام وغيره هل يقسم أو يباع ؟ فقال مالك : يقسم إذا طلب أحد الشريكين وبه قال أشهب.

وقال ابن القاسم : لا يقسم وهو قول الشافعي :

فعمدة من منع القسمة قوله عليه السلام :

«لا ضرر ولا ضرار»، وحديث جابر عن أبيه «لا تعضية على أهل الميراث إلا ما حمل القسم»<sup>(68)</sup>.

وعمدة من رأى القسمة قوله تعالى : ﴿مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا﴾<sup>(69)</sup>.

8 — وإذا كان بين الشركاء أرض مزروعة أو شجر مثمر ففي قسمتها أوجه

ثلاثة :

**الوجه الأول :** إذا أريد قسمة الأرض بزرعها والشجر بثمارها فلا يجوز فيها ذلك لما في ذلك من بيع الطعام. بل لهم قسمة الأرض والشجر وإبقاء الزرع والثمر على الشركة إلى تناهي الطيب إذا كانا مؤبرين عند إرادة القسمة فإن انتهى الطيب اقتسموها كيلاً أو وزناً أو باعوهما واقتسموها ثمنهما إلا إذا دخلوا على شرط قطع الزرع والثمر الآن فيجوز قسمهما مع أصولهما ولو قبل تناهي طيبهما نظراً لانتفاء العلة المذكورة.

**الوجه الثاني :** أن يراد قسمة الأصول أي الأرض والشجر فقط، وهذا إن كان ما في الأرض من الزرع وما في الأشجار من الثمار غير مأبور فلا يجوز قسم الأصول آنذاك، وإن كان مأبوراً صحت القسمة في الأصول فقط وأبقيت الغلة مشاعة للغاية المذكورة.

(67) البهجة ج : 2 ص : 137 — 138 \* التاودي ج : 2 ص : 138

(68) صحيح البخاري

(69) بداية المجتهد ج : 2 ص 266

**الوجه الثالث :** أن يراد قسمة الثمار التي على الأشجار وحدها خرصا من زيتون وجوز وغيرهما. وهي ممنوعة، لأن القسمة بيع والشك في التماثل كتحقق التفاضل، إلا إذا لم يبد صلاحهما ودخلا على قطعهما في الحين، فيجوز حينئذ قسمهما تحريا. فلا يجوز اقتسام شيء مما في رؤوس الأشجار بالخرص على المنصوص عن مالك إلا الثمر والعنب لكن بشروط وهي : أن يكونا قليلين وكانا قد حل بيعهما واختلقت أغراض الشركاء إليهما، فإن لم تختلف فلا يجوز فإن ترك ذلك حتى أزهى بطلت القسمة فيه<sup>(70)</sup>.

9 — ولا يقسم الصوف على ظهر الغنم، وكذلك اللبن في الضرع لأن ذلك مال الربا فإنه موزون أو مكيل فلا يمكن قسمته إلا بوزن أو كيل وذلك بعد الحلب والجز<sup>(71)</sup> قال مالك في المدونة :

«قلت فهل يجوز أن يقسم اللبن في ضروع الماشية مثل غنم بيني وبين شريكي نقسمها للحلب يحلب وأحلب ؟

قال : لا يجوز هذا لأن هذا من المخاطرة وقد كره مالك القسمة على المخاطرة»<sup>(72)</sup>.

10 — ولا يقسم الطريق أو مسيل الماء إذا كان في قسمتهما ضرر لأحد الشركاء. فإن كان هناك طريق بين قوم إن اقتسموه لم يكن لبعضهم طريق ولا منفذ فأراد بعضهم قسمته فلا يقسم لما في القسمة من الضرر على بعض الشركاء بقطع منفعة ملكه عنه. ويستوي إن كره صاحب الكثير أو صاحب القليل لأنه كان لكل واحد منهما حق التطرق إلى مثله في هذا الطريق قبل القسمة. وصاحب القليل من ذلك مستو بصاحب الكثير. جاء في المدونة :

«قلت : هل يقسم الطريق في الدار إذا أوى ذلك بعضهم ؟

قال : لا يقسم ذلك عند مالك»<sup>(73)</sup>.

ومثل الطريق مسيل ماء بين الرجلين أراد أحدهما قسمة ذلك وأبى الآخر، فإن لم يكن له موضع يسيل فيه ماؤه سوى هذا لا يجوز قسمته، وهذا ما ورد في المدونة :

«قلت : هل يقسم مجرى الماء في قول مالك ؟

(70) شرح ميارة على التحفة ج : 2، ص 68

(71) المبسوط — شمس الدين السرخسي — ج : 5 ص : 54

(72) المدونة الجزء : 14 ص : 472

(73) نفس المصدر ص : 514



قال : لم أسمع مالكا يقول يقسم مجرى الماء وما علمت أن أحدا أجازه وما أحفظ من مالك فيه شيئا ولا أرى أن يقسم مجرى الماء» (74).

11 — أما الحلي المشترك فلا يقسم بين أهله إلا على أحد وجهين :

الأول أن يقسم بوزن معتدل إن أمكن فيه ذلك لتعددته مثلا.

الثاني : أن يأخذه كله ويأخذ الوارث الآخر عينا من نوعه بالوزن أو عقارا أو عروضاً أو عينا من غير نوعه لا عرضاً وعينا ولو من غير نوعه إلا أن يكون الجميع قد رضي بذلك أو يجتمعان فيه (75). وقال مالك في المدونة : «أما الحلي فلا يقسم إلا وزناً» (76).

12 — ولا تقسم الموارث على غير رؤية ولا صفة عند مالك، قال في المدونة :

«قلت : فلو أنا ورثنا كرماً أو نخلاً ولم ير واحد منا الكرم والنخل فتراضينا أنا وصاحبي على أن أعطيته الكرم وأخذت النخل أيجوز هذا في قول مالك ؟

قال : لا يجوز ذلك عند مالك إلا بعد الرؤية أو يكونان قد عرفا الصفة فيقتسمان على الصفة فلا بأس أن يتراضيا بعد معرفتهما بالصفة على ما أحبا من ذلك.

قلت : وكذلك لو كان أحدهما قد عرف الكرم والنخل أو عرف صفة ذلك ولم يعرف ذلك الآخر ؟

قال : كذلك أيضاً لا يجوز، لأن الذي لم ير ولم يعرف الصفة لا يدري ما يأخذ ولا ما يعطي فهذا لا يجوز عند مالك إلا أن يكونا قد رأيا ذلك أو وصف لهما فيجوز على ما تراضيا من ذلك» (77).

إلا أن مالكا أجاز الخيار في القسمة كالبيع فلو اقتسم على أن لأحدهما الخيار أياما يجوز مثلها في البيع في ذلك الشيء فجائز، وليس لمن لا خيار له منها رد وذلك لمشرطه، وإذا بنى من له الخيار أو هدم أو ساوم الجميع فذلك رضا كاليبوع. جاء في المدونة :

(74) المدونة ج : 14 ص 480

(75) البهجة ج : 2 ص : 142

(76) المدونة ج : 14 ص 490

(77) المدونة ج : 14 ص : 492

«قلت : أرأيت لو أنا اقتسمنا دارا وعروضا ورقيقا على أن أحدنا بالخيار ثلاثة أيام أو نحو ذلك.

قال : قال مالك ذلك جائز إذا كانت تلك السلع مما يجوز فيها الخيار عدد الأيام التي اشترط فيها لنفسه فهذا مثل ما قال مالك في البيع.

قلت : «أرأيت إن جعلت الخيار لهذا الذي اشترط الخيار لنفسه أيكون لصاحبه من الخيار في الرد الذي لم يشترط شيء أم لا.

قال : لا خيار له في ذلك وقد لزمته القيمة وإنما الخيار لصاحبه.

قلت : أرأيت إن أحدث هذا الذي اشترط لنفسه الخيار بناء في الدار أو هدم

فيها شيئا أو ساوم بها أتلزمه القسمة ويبطل خياره أم لا ؟

قال : نعم كذلك. قال مالك في البيوع إذا اشترط المشتري الخيار فصنع من ذلك ما يبطل به خياره فهو بمنزلة ما صنع هذا في القسمة» (78).

### \* قسمة مال التركة :

إذا كان المال مما يعد أو يكال أو يوزن فيقسم عدده على العدد الذي صحت منه الفريضة، وإن كان عروضاً أو عقاراً فيقوم ويقسم قسمة أو يباع ويقسم ثمنه على عدد الفريضة فما خرجت ضربت فيه ما بيد كل وارث، وذلك الذي يحصل له من المال، وإن شئت سميت ما بيد كل وارث من أصل الفريضة فذلك الاسم نصيبه من المال. مثاله : زوج وأم وابن، فالفريضة اثني عشر، والمال ستون. فإذا قسمت على أصل الفريضة خرج خمسة، فتضربها فيما بيد كل وارث فيكون للأُم عشرة وللزوج خمسة عشر وللابن خمسة وثلاثون. وإن سميت يكون للأُم سدس المال وللزوج رבעه وللابن ثلاثة أسداس ونصف سدس وهو الخمسة والثلاثون.

وإذا ضم أحد الورثة في نصيبه عرضاً أو عقاراً وأخذ سائرهم العين فإن كان قيمته قدر حظه فلا إشكال، وإن كان أزيد دفع لسائر الورثة ما زاد وإن كان أقل دفع له سائر الورثة ما نقص ثم يقسم سائر الورثة ما في التركة من عين ويضيفون إلى ذلك ما زادهم وينقصون منه ما زادوه.

وإذا كان على أحد الورثة دين للمتوفى جمع مع سائر التركة وقسم المجموع على سائر الفريضة، فإن صار للمديان من التركة مثل دينه أسقطت سهمه ودينه وقسمت

باقي التركة على سائر الورثة، وإن صار له أكثر من دينه أخذ الزائد منه من التركة، وقسمت الباقي على سائر الورثة، وإن صار له أقل من دينه أسقطت ما صار له من دينه وتبعه سائر الورثة بالباقي على محاصتهم فيقسمون المال الحاضر على سهامهم دونه (79).

### \* قسمة الأب والوصي والقاضي :

نقسم هذا الفرع إلى مباحث ثلاثة، الأول : في قسمة الأب، والثاني : في قسمة الوصي، والثالث : في قسمة القاضي.

#### المبحث الأول : قسمة الأب

يجوز للأب قسمة مال الصغير مع شريكه لأن القسمة إما إفراز حق أو بيع وكلاهما جائز لهما ولأن في القسمة مصلحة للصبي فجازت كالشراء له.

ولا يجوز قسم الأب عن ابنه الكبير وإن غاب في مذهب الامام مالك. قال في المدونة :

قلت : فالأب هل يقاسم على ابنه الكبير إذا كان غائبا في قول مالك ؟  
قال : لا « (80)

ولا يجوز قسم الأب الكافر على ابنته المسلمة. ورد في المدونة :  
«قلت : رأييت الكافر أيجوز له أن يقاسم على ابنته الكبيرة التي لم تتزوج وقد أسلمت وهي في حجره في قول مالك ؟  
قال : قال مالك ليس له أن يزوج ابنته الكبيرة إذا أسلمت. فلما قال مالك ليس له أن يزوج ابنته الكبيرة إذا أسلمت ورأييت أن لا تجوز عليها قسمته (81).

#### المبحث الثاني : قسمة الوصي :

تجوز قسمة الوصي على محجوره مع غيره سواء كانت القسمة بالقرعة أو المراضاة بنوعها، لكن بعد مشورة القاضي وكان القسم صوابا وسدادا. وهذا إذا كان المحجور مشاركا لغير حاجره.

(79) سعد الشمس والأقمار وزبدة النبي المختار — عبد القادر بن عبد الكريم الوردني البهشي الشفشاوني — ص : 194

(80) المدونة ج : 14 ص : 496

(81) نفس المصدر

أما إذا كان المحجور مشاركا لوصيه فإنه لا يجوز لوصيه أن يقسم له معه ولو ظهر السداد على القول الراجح المعمول به، وأنه لا بد من الرفع للقاضي فيقدم من يقسم بينه وبين محجوره. فإن لم يرفع أمره للقاضي فسخت القسمة إلا إذا وجدها القاضي سدادا وأقرها فإنها تمضي، فوجه المنع أنه باع مال محجوره من نفسه وهذا لا يجوز إذا لم يكن معهما شريك آخر فإن كان معهما غيرهما وخرج الوصي ومحجوره حفظهما على الشيعاء جاز لعدم التهمة ثم إذا أراد الوصي أن يقاسم محجوره ليمتاز كل واحد بحظه رفع أمره للقاضي<sup>(82)</sup>.

وإلى هذه الأحكام أشار ابن عاصم في التحفة :

وقسمة الوصي مطلقا على محجوره مع غيره لن تحظلا  
فإن يكن مشاركا لمن حجر في قسمة فمنعه منها اشتهر  
إلا إذا أخرجه مشاعا مع حظه قصدا فلا امتناعا<sup>(83)</sup>

وتمنع قسمة الوصي على الكبير الغائب. قال في المدونة :  
«قلت رأيت قسمة الوصي على الكبير الغائب إذا كان في الورثة صغار وكبار  
أتجوز على هذا الغائب ؟  
قال : لا تجوز قسمة الوصي على الغائب ولا يقسم لهذا الغائب إلا السلطان  
فإن قسم لهذا الغائب الوصي لم يجز ذلك عليه»<sup>(84)</sup>.

### المبحث الثالث : قسمة القاضي :

للقاضي وحده دون غيره من الحكام أن يتولى القسم في صور ثلاثة :  
الصورة الأولى : إذا أراد الحاجب أن يميز حظه من حظ محجوره سواء كان معهما شركاء أم لا فالقاضي هو الذي يقسم على المحجور عند من يمنع قسمة الحاجر على محجوره من غير محاباة وهو الذي به القضاء والعمل.

الصورة الثانية : للقاضي أيضا أن يقسم على الصغار الذين لا أب لهم ولا وصي مع شركائهم ولو كان لهم إخوة كبار لطلب الشركاء القسمة، ومقدم القاضي على الصغار يقوم مقامه في القسمة.

(82) شرح ميارة على التحفة ج 2 ص 62.

(83) نفس المصدر.

(84) الملونة الكبرى ج : 2 ص 480

**الصورة الثالثة :** يقسم القاضي على غائب انقطع خبره مع شركائه أو بعدت غيبته جدا عشرة أيام أو يومين مع الخوف، والقريبة ما كانت على ثلاثة أيام. قال في المدونة

«قلت : أرأيت إن كانت قرية بين أبي وبين رجل من شراء أو ميراث ورثاها فغاب الرجل وهلك والذي وأردنا أن نقسم ؟  
قال : قال مالك يرفعون ذلك إلى القاضي فيقسم ذلك بينهم ويعزل نصيب الغائب» (85).

وإلى هذه الصور الثلاثة أشار ابن عاصم بقوله :

ويقسم القاضي على المحجور مع وصيه عند اقتضاء من منع  
كذا له القسم على الصغار وغائب منقطع الأخبار (86)

وإذا كان القسم موكلا للقضاة لكون الملك الذي أريد قسمه مشتركا بين الوصي ومحجوره أو بين حاضر وغائب أو بين رشيد وصغير مهمل، وطلب القسمة بينهم، فإن القضاة لا يأمرهم بالقسم إلا بعد إثبات الموجبات وهي إثبات الشركة والحجر والغيبة وبعدها وإهمال اليتيم وطلب الشركة وملكية الشيء المقسوم، كل ذلك بالشهادة العادلة ويعبر عنها بوثيقة السبب.  
قال ابن عاصم :

وحيث كان القسم للقضاة فبعد إثبات بموجبات (87)

ويجوز للقاضي أن يترك القسم على الأصاغر لأحد أمرين : إما لزمان رشدهم فيقسمون لأنفسهم إن شاؤوا وإما لمصلحة ظاهرة كأن يكون بقاء حظهم على الشياخ أحسن من قسمه خوفا من الضياع ونحوه. وعلى هذا نص ابن عاصم :  
ويترك القسم على الأصاغر لحال رشد أو لوجه ظاهر (88).

**الآثار التي تترتب على القسمة :**

نعالج هنا الاختلاف الواقع بين الفقهاء في القسمة هل هي بيع أم إفراز. ثم

(85) المدونة ج 14 ص 488

(86) شرح ميارة على التحفة ج : 2 ص 62

(87) البهجة : ج : 2 ص 136

(88) نفس المصدر

حكم الاختلاف في القسم ونوعيته ونذكر بعد ذلك حكم القسمة، ثم ننهي الفصل بذكر ما يوجب نقض القسمة بعد وجودها وذلك في أربعة فروع.

### \* الفرع الأول : هل القسمة بيع أم إفراز ؟

اختلف الأئمة هل القسمة بيع أم إفراز :

1 — قال أصحاب أبي حنيفة : القسمة تكون بمعنى البيع فيما يتفاوت كالثياب والعقار ولا يجوز بيعه مرابحة. وتكون بمعنى الإفراز فيما لا يتفاوت كالمكيلات والموزونات والمعدودات حتى يجوز لكل واحد أن يبيع نصيبه مرابحة.

2 — وقال مالك : إن تساوت الأعيان والصفات كانت إفرازا وإن اختلفت كانت بيعا.

3 — وللشافعي قولان أحدهما هي بيع والثاني إفراز.

4 — وقال أحمد هي إفراز.

فعلى قول من يراها إفرازا يجوز عنده قسمة الثمار التي يجري فيها الربا بالخرص ومن يقول إنها بيع يمنع ذلك<sup>(89)</sup>.

5 — وقيل : إن قسمة المراضاة بلا تعديل بيع اتفاقا، وغيرها وهي المراضاة بعد التعديل كذلك على الراجح وقسمة القرعة تمييز حق على الراجح، ولذلك أطلق في المختصر في أن قسمة المراضاة بيع واقتصر في القرعة على أنها تمييز حق<sup>(90)</sup>.

قال الباجي ما نصه : واختلف الناس في القسمة هل هي بيع من البيوع أو تمييز حق فلاصحابنا مسائل تقتضي كلا القولين، وقد قال مالك في المدونة إن القسمة بيع من البيوع. ووجه ذلك أن كل واحد من المتقاسمين يبيع حصته مما خرج عنه بحصة شريكه مما صار إليه، لأنه ملك حصته صاحبه من الجزء الذي صار إليه من الجزء الذي أخذ صاحبه وهذه معاوضة ومبايعة محضة، ووجه قولنا إنها تمييز حق أنها غير موقوفة على اختيار المتقاسمين بل قد تجوز فيها المخاطرة بالقرعة وذلك ينافي البيع فثبت أنها تمييز حق<sup>(91)</sup>.

(89) رجة الامة في اختلاف الأئمة ج : 2، ص : 196، 197

(90) شرح الدردير على مختصر خليل ج : 2، ص : 204

(91) حاشية ابن رحال المعداني على التحفة، ج : 2، ص : 57، بهامش شرح ميارة.

## \* الفرع الثاني : حكم الاختلاف في القسم أو نوعيته

اختلاف الشريكين هنا إما أن يكون في نوع القسمة هل هي بت أو استغلال، وإما أن يكون في أصلها بأن يدعيها أحدهما وينفيها الآخر.

فإذا قسم الشريكان مشاعا بينهما ثم اختلفا فادعى أحدهما أن القسمة وقعت على البت لا على الاستغلال والمنفعة وأنكر ذلك الآخر، فعلى مدعى البت البينة فإن أتى بها صحت دعواه وإلا فالقول لمدعي الاستغلال مع يمينه، وقيل القول لمدعي البت قياسا على البيع لأن القول فيه لمدعى البت لا لمدعي الخيار. والقول الأول هو الصواب وبه العمل إلا أن تمنني مدة الحياة كعشرين سنة والأربعين على ما تقرر في حيازة الشريك الأجنبي أو القريب فالقول حينئذ لمدعي البت<sup>(92)</sup>.

وأما لو اختلفا في وقوع القسمة فادعاهما أحدهما ونفاها الآخر وقال إنما اقتطع كل واحد منا أرضا يعمرها من غير قسم فإن القول لمنكر القسم قياسا على اختلافهما في وقوع عقد البيع. فقد قالوا إن القول لمنكره إجماعا وهذا ما لم تمض مدة الحياة أيضا وإلا فالقول لمدعي البت<sup>(93)</sup>.

قال ابن عاصم :

والمدعى لقسمة البتات يؤمر في الأصح بالإثبات

## \* الفرع الثالث : حكم القسمة

قال ابن المرتضى : «وشرط صحة القسمة :

الأول : حضور المالكين جائزي التصرف أو نائبيهم أو إجازتهم، إذ هي معاوضة في التحقيق، فاعتبر التراضي وينصب الحاكم عن الغائب واليتيم والمتمرد.

الثاني : تقويم المختلف وتقدير المستوى ليتيقن التناصف، فإن تراضوا بالموازاة فالأقرب الصحة إذ لا مانع.

الثالث : استيفاء المرافق لكل قسم على وجه لا يضر أحد الشريكين حسب الامكان إذ خلافه جور.

الرابع : مصير النصيب إلى مالكة أو المنصوب الأمين، وإلا بطلت كالبيع بتلف المبيع قبل التسليم.

(92) شرح ميارة على التحفة ج : 2، ص : 66

(93) نفس المصدر

**الخامس :** أن لا تتناول تركة مستغرق بالدين لتعينه حينئذ لغير المقتسمين» (94)

فالقسمة بأنواعها الثلاثة المهايأة والمراضاة والقرعة لازمة إذا وقعت بوجه صحيح. فليس لأحدهما نقضها والرجوع عنها لأنها كبيع من البيوع (95) فيملك المقسوم له في المقسوم جميع التصرفات المختصة بالملك (96) قال الامام مالك في المدونة :

«قلت : أرأيت لو أن دارا بيني وبين رجل تراضينا في أن جعلت له طائفة من الدار على أن جعل لي طائفة أخرى فرجع أحدهما قبل أن تنصب الحدود بيننا. قال : «ذلك لازم لهما ولا يكون لهما أن يرجعا عند مالك» (97)

فالقسمة إذن من العقود اللازمة فلا يجوز للمتقاسمين نقضها ولا الرجوع فيها إلا بالطوارئ عليها (98).

**\* الفرع الرابع :** ما يوجب نقض القسمة بعد وجودها

لا تنقض القسمة إلا للغلط أو الغبن أو العيب أو الاستحقاق أو ظهور دين أو ظهور وصية أو ظهور وارث.

### المبحث الأول : الغلط

إذا اقتسم القوم أرضا ميراثا بينهم أو شراء وتقاضوا ثم ادعى أحدهم غلطا في القسمة. فإنه لا يشتغل بإعادة القسمة بمجرد دعواه لأن القسمة بعد تمامها عقد لازم. فمدعي الغلط يدعي لنفسه حق الفسخ بعدما ظهر سبب لزوم العقد، وقوله في ذلك غير مقبول.

ولكن إن أقام البينة على ذلك فقد أثبت دعواه بالحجة فتعاد القسمة بينهم حتى يستوفي كل ذي حق حقه لأن المعتبر في القسمة المعادلة وقد ثبت بالحجة أن المعادلة بينهم لم توجد.

وإن لم يكن له بينة وأراد أن يستحلفهم على الغلط فله ذلك لأنهم لو أقروا

(94) البحر الزخار ج : 4، ص : 103

(95) فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب مالك — محمد عيش، ج : 2، ص : 179

(96) البدائع — ج : 7، ص : 28

(97) المدونة الكبرى، ج : 14، ص : 463

(98) البداية، ج : 2، ص : 270



بذلك لزمهم. فإذا أنكروا استحلّفوا عليهم لرجاء النكول فمن حلف منهم لم يكن له عليه سبيل، ومن نكل عن اليمين جمع نصيبه إلى نصيبه ثم يقسم ذلك بينهم على قدر نصيبهما لأن الناكل كالمقر وإقراره حجة عليه دون غيره (99).  
جاء في المدونة :

«قلت : أرأيت إذا اقتسم أهل الميراث فادعى أحدهم الغلط وأنكر الآخرون. قال : لا يقبل منه قوله إذا ادعى الغلط إلا أن يأتي بأمر يستدل به على ذلك بينة تقوم أو يتفادح ذلك حتى يعلم أنه غلط لا شك فيه. قلت : أرأيت إن ادعى أحدهم الغلط في قسم الميراث وأنكر الآخرون ذلك أتحلّفهم له أم لا ؟ قال : نعم» (100).

وقال ابن المرتضى في كتابه : «وتنقض القسمة بالغلط كإعطاء النصف من له الربع ولو بالحكم» (101).

### المبحث الثاني : الغبن

قال ابن رشد : «الغبن لا يوجب الفسخ إلا في قسمة القرعة باتفاق في المذهب، إلا على قياس من يرى له تأثير في البيع فيلزم على مذهب أن يؤثر في القسمة» (102).

فإذا اطلع أحد المتقاسمين على الغبن بعد القسمة وطالب القيام به وأثبتته تسمع دعواه وذلك على شرطين :

الأول : ما لم تمر سنة على القسمة.

والثاني ما لم يستغل كل واحد نصيبه ببناء أو غرس.

قال ابن عاصم في التحفة :

والغبن من يقوم فيه بعد إن طال واستغل قد تعدى (103)

### المبحث الثالث : العيب

إذا ظهر في نصيب أحد المقتسمين عيب لم يعلمه قبل القسمة فله فسخ القسمة.

(99) المبسوط — شمس الدين السرخسي، ج : 5 ص : 64 — 65

(100) المدونة، ج : 14، ص : 476

(101) البحر الزخار، ج : 4، ص : 109

(102) البداية، ج : 2، ص : 270

(103) شرح ميارة على التحفة، ج : 2، ص : 65

والرد بالعيب لا يخلو أن يجد العيب في جل نصيبه أو في أقله.

1 — فإذا وجد أحد المتقاسمين في حصته عيبا قديما — لم يظهر عند القسمة — بالأكثر من حصته زاد على نصفها فله رد القسمة، وتكون الشركة كما كانت قبل القسمة وسواء كان المقسوم عقارا أو حيوانا أو عروضاً (104).

فإن كان النصيبان قائمين رجعا مشتركين بينهم كما كانا قبلهما. وإن فات أحد النصيبين بنحو صدقة أو تحييس أو بناء أو هدم رد آخذه قيمة نصفه والقائم بينهما، وإن فاتا تقاصا (105).

2 — وإن كان العيب في أقل نصيبه رد ذلك الأقل على أصل الشركة فقط، سواء فات نصيب صاحبه أو لم يفت، ورجع على شريكه بنصف قيمة الزيادة ولا يرجع في شيء مما في يده (106).

### المبحث الرابع : الاستحقاق

إذا اقتسم الشركاء ثم استحق من حصة أحدهم غير اليسير، فإن القسمة تفسخ وترد. قال ابن عاصم في التحفة :

والرد للقسمة حيث يستحق من حصة غير يسير مستحق

فإذا كان المستحق زاد على النصف فيتعين النقص جبرا عليهما، وإن كان النصف أو الثلث فلا يتعين النقص بل إن شاء أبقى القسمة على حالها ولا يرجع على شريكه بشيء وإن شاء رجع شريكه بقدر نصف ذلك مما في يد صاحبه (107) وهذا ما نص عليه الشيخ خليل «وإن استحق النصف أو الثلث خير» (108)

جاء في المدونة :

«قلت : فإن اقتسمت أنا وصاحبي عبيد بيننا وأخذت أنا عبدا وهو عبد فاستحق نصف العبد الذي صار لي.

قال : إنما كان قبل القسمة لكل واحد منكما نصف كل عبد فلما أخذت جميع هذا العبد وأعطيت شريكك العبد الآخر كنت قد بعته نصف ذلك الذي

(104) شرح الدرر على مختصر خليل، ج : 2، ص : 210 والمعتمد أن المراد بالأكثر الثلث فما فوق.

(105) فتح العلي المالك، ج : 2، ص : 178

(106) البداية، ج : 2، ص : 270

(107) البهجة، ج : 2، ص : 140

(108) الدرر على المختصر، ج : 2، ص : 210

صار له بنصف هذا العبد الذي صار لك. فلما استحق نصف العبد الذي صار في يدك قسم هذا الاستحقاق على النصف الذي كان لك وعلى نصف النصف الذي اشتريته من صاحبك، فيكون نصف النصف الذي استحق من نصيبك ونصف النصف من نصيب صاحبك فترجع على صاحبك إذا كان العبد لم يفت في يد صاحبك، وإن كان العبد قد فات في يد صاحبك كان عليه ربع قيمته يوم قبضه» (109).

أما إذا استحق اليسير كالربع فدون فإنه لا رد له وإنما يرجع على شريكه بقيمة نصف ما قابل الجزء المستحق ثمنا (110).

جاء في البداية : «وحكم الاستحقاق عند ابن القاسم حكم وجود العيب إن كان استحق كثيرا وحظ الشريك لم يفت رجع معه شريكا فيما في يديه، وإن كان قد فات رجع عليه بنصف قيمة ما في يديه، وإذا كان يسيرا رجع عليه بنصف قيمة ذلك الشيء» (111).

#### المبحث الخامس : ظهور الدين بعد القسمة

إذا اقتسم الورثة مال الميت بينهم ثم ظهر بعد القسمة دين على الميت تنتقض القسمة، وسواء كان الدين قليلا أو كثيرا وسواء كان في هذا المال وصية أم لا، لأن الدين مقدم على الارث وعلى الوصية لقوله تعالى : ﴿من بعد وصية يوصين بها أو دين﴾ (112).

ويستثنى من ذلك :

أولا : إن كان للميت مال آخر سواه يجعل الدين فيه وتمضي القسمة، لأن كل مال الميت محل لقضاء الدين (113).

ثانيا : إذا دفع الورثة الدين من أموالهم أو دفعه بعضهم لم تنتقض القسمة، قال ابن عاصم :

إلا ما الورثون باءوا بحمل دين فلهم ما شاءوا (114)

(109) المدونة، ج 14 ص : 502

(110) البهجة، ج : 2، ص : 140

(111) البداية، ج : 2، ص : 270

(112) سورة النساء، الآية : 12

(113) المبسوط، ج : 5، ص : 58

(114) شرح ميارة، ج : 2، ص : 67

ثالثاً : إذا أبرأ الغرماء الميت من ديونهم لا تنتقض القسمة لأن النقض لحقهم وقد أسقطوه بالأبراء (115).

قال في البداية : «فلما أن طراً الدين، قيل في المشهور في المذهب، وهو قول ابن القاسم، إن القسمة تنتقض إلا أن يتفق الورثة على أن يعطوا الدين من عندهم (116)

وقال مالك في المدونة :

«قلت : رأييت لو أن رجلاً هلك وعليه دين وترك دوراً ورقيقاً وصاحب الدين غائب فاقسم الورثة مال الميت وجهلوا أن الدين يخرج قبل القسمة وقبل الميراث أو جهلوا أن عليه ديناً حين اقتسموا ثم علموا أن عليه ديناً ؟ قال : أرى أن ترد القسمة حتى يخرجوا الدين (117).

قال سحنون لا تنفسخ القسمة ولكن صاحب الدين يأخذ من كل وارث قدر حصته» (118).

### المبحث السادس : ظهور الوصية بعد القسمة

إذا اقتسم الورثة التركة ثم طراً عليها وصية فلا يخلو الأمر من وجهين : الأول أن تكون الوصية بالعدد، الثاني أن تكون الوصية بالثلث.

أما الأول وهو إن كانت الوصية بالعدد، فحكمها حكم طرو الدين أي تنتقض القسمة إلا إذا دفع الورثة ذلك العدد الموصى له من أموالهم الخاصة. قال الشيخ عليش : «إذا قسم الورثة ثم طراً على التركة دين أو وصية فإن القسمة تنقض في قول مالك وابن حبيب في الواضحة والمشهور عن ابن القاسم إلا أن يؤدي الورثة الدين أو الوصية فلا تنقض القسمة (119).

وأما الوجه الثاني وهو إن كانت الوصية بالثلث فتنقض القسمة لأن الموصى له شريك للورثة. ألا ترى أنه لو هلك من التركة شيء قبل القسمة يهلك من الورثة والموصى له جميعاً، والباقي على الشركة بينهم (120).

(115) البدائع، ج : 7، ص : 30

(116) البداية، ج : 2، ص : 271

(117) المدونة، ج : 14، ص : 482

(118) سعد الشومس، ص : 194

(119) فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب مالك، ج : 2، ص : 178

(120) البدائع، ج : 7، ص : 30

## المبحث السابع : ظهور وارث بعد القسمة

إذا اقتسم الورثة ثم ظهر أن ثمة وارث آخر نقضت قسمتهم. ويقيد النقض هنا فيما إذا كان المقسوم مقوما كدار وحيوان ونحوهما، أما إن كان المقسوم عينا أو مثليا فلا تنقض القسمة بل يرجع الطاريء على كل واحد بما أخذه زائدا على حقه (121)

وورد في المدونة :

«قلت : أرأيت إن اقتسموا دارا ورقيقا وأرضين وحيوانا وغير ذلك فأتى رجل وأقام البينة أن الميت قد أوصى له بالثلث أو أتى رجل فأقام البينة أنه وارث معهم. قال : إن كانت دراهم ودنانير وعروضا فإنما لهذا الموصى له ولهذا الوارث الذي لحق أن يتبع كل واحد منهم بما صار من يده من حقه إذا كان ما أخذ كل واحد منهم يقدر على أن يدفع إلى هذا الموصى له أو إلى هذا الوارث حقه مما في يديه وينقسم ذلك، وأما الدور والأرضون فإن كانوا اقتسموا كل دار على حدة ولم يجمعوا الدور في القسم فأعطى كل إنسان حقه في موضع واحد والأرضون كذلك اقتسموها والأجنة كذلك اقتسموها فأرى أن تنقض القسمة حيث يجمع له حقه في كل دار أو أرض أو جنان كما يجمع لهم ولا يأخذ من كل إنسان منهم قدر نصيبه فيتفرق ذلك عليه ويكون ذلك به ضررا بينا» (122)

وإلى هذه الطواريء الثلاثة الدين والوصية والوارث أشار ابن عاصم : وينقض القسم لوارث ظهر أو دين أو وصية فيما اشتهر (123)

## القسمة في «قانون الالتزامات والعقود المغربي»

يترتب أساسا عن انتهاء تصفية الشركة فناء شخصيتها المعنوية، التي لا تكون لها إلا بالقدر اللازم لاجراء هذه العملية، وتملك جميع الشركاء بموجوداتها ملكية شياع.

وإذا كان الأصل أن انحلال الشركات أو انقضاءها يتطلب في غالب الأحيان إنجاز التصفية قبل القسمة، عن طريق إجراء الاحصاء والميزانية لمعرفة ما للشركة من

(121) البهجة، ج : 2، ص : 143

والتاودي ج : 2، ص : 142

ومبارة ج : 2، ص : 67

(122) المدونة : ج : 14، ص : 487

(123) ميارة، ج : 2، ص : 67

أصول وخصوم، فإن هذه العمليات ليست بالأمر اللازم والمحتم دائما طبقا للمادة 1064 من قانون الالتزامات والعقود التي تنص على ما يلي :

«القسمة بين الراشدين المتمتعين بأهلية مباشرة حقوقهم من شركاء ومالكين على الشياخ تحصل بالطريقة المبينة في السند المنشئ، أو بأية طريقة أخرى يرونها، ما لم يقرروا بالاجماع الالتجاء إلى التصفية قبل إجراء أية قسمة (124)».

وإذا انتهت تصفية الشركة بتحويل موجوداتها إلى نقود، وبوفاء ديونها حق لجميع الشركاء المتمتعين بأهلية التصرف في حقوقهم ولو لم يشتركوا في الادارة أن يجرؤا القسمة على الوجه المبين في السند المنشئ، أو بأية طريقة يرونها شريطة أن ينعقد إجماعهم عليها (125).

وقد يعمد السند المنشئ للشركة إلى بيان كيفية إجراء القسمة، وتحديد الشخص الذي يتولى أمورها سواء أكان هو المصفي أو واحد أو أكثر من الشركاء أو الغير، فإن لم يفعل كان للشركاء جميعا أن يجرؤا القسمة، فإن تعذر عليهم ذلك جاز لهم أن ينتدبوا واحدا أو أكثر منهم أو من الغير للقيام بها، بشرط أن ينعقد الإجماع على هذا الانتفاء، فإن حدث أن اختلف الشركاء في شأن هذا الاختيار أو في غيره من إجراءات القسمة أو كان أحدهم غير متمتع بأهلية التصرف في حقوقه، أو كان غائبا كان لمن يريد الخروج من الشياخ أن يلجأ إلى المحكمة التي يسوغ لها أن تجري القسمة طبقا للمقتضيات القانونية المتعلقة بالاختصاص والشكل والموضوع (126).

وتجري القسمة إما عن طريق توزيع الأموال عينا على الشركاء كل بنسبة حصته في الصافي إن أمكن، فإن تعذر هذا الإجراء مخافة للتلف أو النقص في القيمة جاز للمحكمة أن تأمر بالبيع وتوزيع الثمن العائد على الشركاء. وإما بطريق التصفية، ولا يسوغ للشريك في هذه الحالة الأخيرة أن يسترد ما دفعه من رأس مال الشركة في حال انحلالها وإنما ينحصر حقه بنصيبه في نتيجة التصفية حتى ولو تضمن العقد شرطا يميز مثل هذا الإسترداد (127).

وتتم القسمة طبقا لشروط السند المنشئ أو الاتفاق، فإن انتفت مثل هذه الشروط تحدد نصيب كل شريك بنسبة حصته في رأس المال، على أن يوزع الباقي

(124) قانون الالتزامات والعقود المغربي، ص : 225 — نشر دار الكتاب الدار البيضاء —

(125) الفصل 1083 من ق.ل.ع.م.

(126) الفصل 1084 من ق.ل.ع.م.

(127) الشركات في التشريع المغربي والمقارن. شكري أحمد السباعي ص : 162 — ط : 1 — مكتبة المعارف، الرباط.

وفق قواعد توزيع الأرباح، وأن يوزع الخصاص أو الخسار الذي يلحق الحصة وفق قواعد توزيع الخسائر» (128).

ويسري مفعول القسمة بأثر رجعي فينص الفصل 1088 :  
«يعتبر كل من المتقاسمين أنه يملك منذ الأصل الأشياء التي أوقعتها القسمة في نصيبه سواء تمت هذه القسمة عينا أو بطريق التصفية كما يعتبر أنه لم يملك قط غيرها من بقية الأشياء».

ويجوز لدائني الشركة، ولدائني كل من المتقاسمين إن كان معسرا أن يتعرفوا على إجراء القسمة — سواء أكانت عينا أو بالتصفية — بدون حضورهم ولهم أن يتدخلوا فيها على نفقتهم، وأن يطلبوا إبطالها إن أجريت رغم تعرضهم (129) إلا أنه يمكن للمتقاسمين ولأحدهم أن يوقفوا دعوى الإبطال هاته بدفع دين الدائن المطالب أو بإيداع مبلغه لدى صندوق المحكمة (130) أو أن يتفادوا هذه الدعوى بتوجيه استدعاء قانوني إلى الدائنين للإشتراك في القسمة (131) فإن لم يتقدم الدائنون مع ذلك إلا بعد تمام القسمة سقط حقهم في استعمال دعوى الإبطال، ولا يبقى لهم حينذاك سوى المطالبة بديونهم، فإن لم يحتفظ لهم الشركاء بمبلغ كاف للوفاء بها. جاز لهم أن يباشروا حقوقهم إما على الشيء المشترك مما لم تتناوله القسمة، أو الشياخ إن كانت القسمة قد تناولت الأشياء المشتركة كلها — لزوال شخصية الشركة بانتهاء تصفيتها — مع العلم أن المتقاسمين يتحملون بضمان حصص بعضهم ببعض وفقا لأحكام البيع (132).

ولا يسوغ إبطال القسمة سواء أكانت اتفاقية أم قانونية أم قضائية إلا للغلط أو الإكراه أو التدليس أو الغبن المحدد في المادة 56 من قانون الالتزامات والعقود.

ويجب أن ترفع الدعوى خلال سنة من وقت تمام القسمة، وإلا كانت غير مقبولة، غير أنه يترتب عن الحكم القاضي بقبول الدعوى إعادة المتقاسمين إلى الوضع القانوني والفعلي الذي كانوا عليه عند إجرائها مع عدم الإخلال بما اكتسبه الغير حسن النية من حقوق على وجه قانوني سليم عن طريق المعاوضة (133).

(128) نفس المصدر

(129) الفصل 1085 — ق.ل.ع.م.

(130) الفصل : 1086 — ق.ل.ع.م.

(131) الفصل 1087 — ق.ل.ع.م.

(132) الفصل 1090 — ق.ل.ع.م.

(133) الفصل 1091 — ق.ل.ع.م.